

VU Research Portal

Te mooi om waar te zijn? Het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de gevolgen daarvan voor het trechtermodel

Helmink, H.E.

published in

Nieuwsbrief Asiel - en Vluchtelingenrecht
2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Helmink, H. E. (2008). Te mooi om waar te zijn? Het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de gevolgen daarvan voor het trechtermodel. *Nieuwsbrief Asiel - en Vluchtelingenrecht*, 24(4), 228-240.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Mr. Hannah Helmink is onderzoeker bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam

Het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de gevolgen daarvan voor het trechtermodel

Met enige regelmaat neemt de rechter bepaalde gronden of bewijsstukken die de asielzoeker heeft aangevoerd niet mee in de beoordeling van het geschil, omdat deze reeds in een eerdere fase van de procedure hadden moeten worden aangevoerd. Deze handelwijze van de rechter wordt wel geduid als het trechtermodel. Welke invloed heeft het op 1 juli 2005 gewijzigde artikel 6:13 Awb op de toepassing van dit model in het asielrecht? En hoe kan de rechtshulp zich beter behoeden voor een dergelijke trechter?

Inleiding

Binnen het bestuursrecht vindt de beoordeling van het geschil¹ plaats op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.² Gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijk geding – het bieden van rechtsbescherming³ – is er volgens de toelichting op de Awb geen reden voor de rechter om buiten de vordering van belanghebbende te treden.⁴ Hieruit vloeit voort dat de rechter die onderdelen van het besluit waartegen de belanghebbende niet opkomt, buiten beschouwing moet laten.

Bij de beantwoording van de vraag tot hoever de bezwaren van de belanghebbende tegen het besluit reiken, behoort de rechter, volgens de oorspronkelijke bedoeling van de rechter, een actieve rol te spelen.⁵ Zo mag de rechter niet zonder meer afgaan op de gronden in het beroepschrift, maar moet hij op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb de rechtsgronden aanvullen.⁶ Deze verplichting gaat volgens de toelichting op de Awb echter niet zover dat de rechter niet door belanghebbende bestreden onderdelen van het besluit zelfstandig moet aanvullen.⁷

Daarnaast heeft de rechter op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb de mogelijkheid om ambtshalve feiten aan te vullen. Hij hoeft zich dus niet neer te leggen bij de feiten zoals partijen deze presenteren, maar hij kan doorvragen.⁸ Hij kan echter slechts feiten aan zijn uitspraak ten grondslag leggen waarover partijen zich in de procedure hebben kunnen uitlaten. Deze bevoegdheid vloeit voort uit de bij de totstandkoming van de Awb aan de bestuursrechter gegeven opdracht tot materiële waarheidsvinding en compensatie van ongelijkheid tussen partijen.⁹

Tot slot moet de rechter, blijkens de toelichting op artikel 8:69 Awb, ambtshalve toetsen aan regelingen inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid.¹⁰

Artikel 8:69 Awb zorgt dus voor een afbakening van het geschil dat bij de rechter voorligt en kan er toe leiden dat de rechter iets dat niet (of niet met zoveel woorden) door een partij is aangevoerd, toch in de beoordeling meeneemt. Het complexe stelsel van trechters draagt bij aan een verdere afbakening van het geschil. Anders dan artikel 8:69 Awb leidt dit stelsel er echter toe dat de rechter in bepaalde gevallen expliciet door partijen aangevoerde gronden of bewijsmiddelen juist niet in de beoordeling meeneemt.

1 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 29: het geding is de procedure in rechte, begrensd door het bestreden besluit als 'harde buitengrens'. Het geschil is datgene wat de belanghebbende tegen het besluit heeft ingebracht, begrensd door de besluitonderdelen waarop de bezwaren van de belanghebbende zijn gericht, en in zekere mate door de inhoud van de tegen de betrokken besluitenonderdelen gerichte bezwaren. Anderen pleiten voor afschaffing van het besluit als grondslag van het bestuursprocesrecht. In plaats daarvan zou de (wederkerige) rechtsbetrekking tussen burger en bestuursorgaan centraal moeten staan, zie onder meer A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht*, 2005, p. 378-383.

2 Art. 8:69 lid 1 Awb.

3 De handhaving van het objectieve recht is dus sinds 1994 geen taak meer van de bestuursrechter.

4 PC Awb II, MvT, p. 463.

5 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, 2007, p. 325 noemen de bestuursrechter dubbelpassief: hij verricht zelf bijna geen onderzoek en stimuleert partijen evenmin tot het aandraagen van bewijs. In de literatuur wordt de vraag gesteld of de rechter weer actiever zou moeten worden, of dat dit destijds een verkeerd uitgangspunt was van de wetgever. Zie ook Marseille, *TREMA* 2007, 10, p. 426.

Het trechtermodel is in de literatuur onderhevig aan kritiek: het zou tekortdoen aan de materiële waarheidsvinding en de rechtsbescherming van de belanghebbende. Deze tekortkomingen zijn goed zichtbaar in het vreemdelingenrecht (in het bijzonder in het asielrecht), waar het niet beoordelen van 'te laat' door de vreemdeling aangedragen gegevens kan leiden tot een afwijzing van een aanvraag van een verblijfsvergunning. Een verblijfsvergunning die mogelijk wel was verleend als de gegevens tijdig waren aangevoerd. Door de Afdelingsuitleg van het begrip 'nieuwe feiten en omstandigheden' kunnen deze gegevens over het algemeen evenmin in een herhaalde aanvraag worden aangevoerd. En daarmee kan de toepassing van het trechtermodel in het vreemdelingenrecht leiden tot een reëel risico van schending van een refoulementverbod.¹¹

Gelet op de genoemde mogelijk desastreuze gevolgen van het trechtermodel is het opvallend dat veel auteurs het vreemdelingenrecht links laten liggen en het model slechts beschrijven vanuit het algemeen bestuursrecht. Bestudering van het algemeen bestuursrecht geeft weliswaar een goed inzicht in de ontwikkeling en complexiteit van de trechter, maar het biedt minder mogelijkheden om de echte pijnpunten van de trechter te laten zien. Deze punten treden wel in alle scherpste op de voorgrond in het vreemdelingenrecht, in het bijzonder het asielrecht, en voor een vollediger overzicht van het trechtermodel kunnen we hier dus niet omheen.¹²

Om een beter inzicht in de werking en de gevolgen van het trechtermodel te krijgen, bespreek ik daarom in dit artikel zowel het algemeen bestuursrecht als het vreemdelingenrecht. Bijzondere aandacht besteed ik hierbij aan de effecten van het per 1 juli 2005 gewijzigde artikel 6:13 Awb,¹³ waarbij de wetgever heeft beoogd de onderdelentrechter te codificeren en de grondentrichter en bewijstrechter af te schaffen.

Na een korte schets van de historie en de ontwikkeling van het trechtermodel in het algemeen bestuursprocesrecht, ga ik vervolgens uitgebreid in op de wijze waarop de Afdeling het trechtermodel in het asielrecht hanteert. De ontwikkelingen in het nationaal recht hebben hierbij mijn aandacht. De mogelijke beperkingen die het internationaal recht aan de trechter stelt, vallen daarmee buiten het bestek van dit artikel.¹⁴ Ik sluit af met enkele concluderende opmerkingen en een voorzichtige blik op de toekomst.

Ontwikkeling trechtermodel in het bestuursprocesrecht

Medembliklijn

Allereerst geef ik een korte beschrijving van het algemene leerstuk van het trechtermodel. Dit model kent van oorsprong geen wettelijke basis en is in 1995 voor het eerst door de Afdeling ontwikkeld in de rechtspraak over artikel 20.6 lid 2 Wet milieubeheer (Wm-oud¹⁵). Op grond van dit artikel kon in het milieurecht, dat een actio popularis kende, tegen een besluit slechts beroep worden ingesteld door degene die reeds bedenkingen hadden ingebracht tegen het ontwerp van het besluit.¹⁶ De Afdeling heeft, zonder motivering, uit de systematiek van dit artikel afgeleid dat in beroep bij de rechter slechts argumenten mochten worden aangevoerd die hun grondslag vonden in de eerder ingebrachte, voldoende concrete, bedenkingen.¹⁷ Dit betekende dat de beroepsgrond reeds in de bedenkingenfase moest worden aangevoerd en dat in beroep geen nieuwe gronden (gericht tegen in de bedenkingenfase geuite bedenkingen tegen het ontwerp van het besluit) meer werden toegelaten. Dit werd later in de literatuur ook wel de Medembliklijn genoemd. Een dergelijke inhoudelijke beperking werd in het milieurecht overigens niet in acht genomen ten aanzien van nieuwe bewijsmiddelen.¹⁸

Grondentrichter en bewijstrechter

Naast een trechter op onderdelen wordt er in het bestuursprocesrecht ook een trechter op gronden en bewijsmiddelen toegepast. Hierdoor heeft niet alleen het niet aanvechten van bepaalde onderdelen van een besluit blijvende gevolgen voor de omvang van de toetsing in

- 6 Zie anders: art. 91 Vw. De Afdeling kan zich op grond van dit artikel in haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven. De Afdeling is dus niet verplicht, doch slechts *bevoegd* om de rechtsgronden conform art. 8:69 lid 2 Awb aan te vullen (TK 1999-2000, 26732, nr. 7 Nota n.a.v. het verslag, p. 71). Deze uitzondering op het adagium *ius curia novit* (de rechter kent het recht) is ingegeven door efficiency-overwegingen. Hieruit zou je kunnen afleiden dat van meet af aan de rechter in het vreemdelingenrecht een minder actieve rol is toegewezen dan die bij de totstandkoming van de Awb het uitgangspunt was.
- 7 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 24. Volgens haar zou de rechter dan *ultra petita*, buiten de grenzen van het geschil, treden. De crvb leek (in bijvoorbeeld wao-zaken) de rechtsgronden binnen een besluit-onderdeel ruimer aan te vullen dan de Afdeling. Maar met zijn uitspraak van 17 april 2007 (05/1368 wao, usz 2007, 125 m.nt. Jansen en rsv 2007, 212 m.nt. Stijnen), lijkt de crvb te zijn opgeschoven naar een engere benadering van het vertalen van gronden naar juridische termen.
- 8 De bestuursrechter kan hiervoor ook gebruikmaken van zijn onderzoeksbevoegdheden ex art. 8:44-8:51 Awb.
- 9 Deze twee opdrachten liggen volgens Crommelin niet ten grondslag aan de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden*, 2007, p. 340. Zie anders: R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, 2004, p. 52 en R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, 2001, p. 40, 44, 82.
- 10 Deze toets is niet wettelijk geregeld en er bestaat onder diverse auteurs verschil van mening over de grondslag van de toets en over de bepalingen die onder deze toets vallen. Zie onder meer R. Stijnen, 'Artikel 8:69 Awb en de taak van de bestuursrechter', jþplus 2008, p. 50-52, D. Brugman 2005, p. 266, R.H. de Bock 2004, p. 64.
- 11 J. van Rooij, *Asylum Procedures versus Human Rights*, 2004, p. 41-43.
- 12 Zie ook: M. Schreuder-Vlasblom, 'Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappell aan de verdere ontwikkeling van het algemeen bestuursrechtelijk hoger beroep' in: Raad van State, *Grieven in het bestuursprocesrecht. Het grievensysteem in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, 2006, p. 71

- 13 Art. 6:13 Awb-nieuw: Geen beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in art. 3:15 naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.
- 14 Het HvJ EG en het EHRM hebben zich overigens nimmer expliciet uitgelaten over de vraag of en in welke mate het Europees recht beperkingen zou stellen aan de toepassing van de trechter in het Nederlandse bestuursprocesrecht.
- 15 Tot 1 juli 2005.
- 16 Uitzondering in geval van verschoonbaarheid, art. 20.6 lid 2 sub e Wm.
- 17 ABRVS, 9 mei 1995, AB 1995, 529.
- 18 Art. 56 Wet ruimtelijke ordening kende ook een onderdelentrichter: ABRVS, 6 mei 2004, AB 2004, 225. In tegenstelling tot het milieurecht werden hier overigens wel nieuwe gronden in beroep toegelaten.
- 19 Evenmin kunnen gronden worden aangevoerd die onvoldoende verband houden met andere reeds eerder aangevoerde gronden tegen een besluitonderdeel.
- 20 R. Stijnen, 'Artikel 8:69 Awb en de taak van de bestuursrechter', JBPplus 2008, p. 47 en B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 129 merken overigens op dat het onderscheid tussen feitelijke gegevens en inhoudelijke gronden soms maar dun is.
- 21 Tot appèl is het bestuursorgaan immers geen initiator van de procedure. In appèl blijven door het bestuursorgaan te laat aangevoerde gegevens, veelal op grond van de goede procesorde buiten beschouwing.
- 22 Procesvertegenwoordiging lijkt hierdoor onontbeerlijk, terwijl dit niet verplicht is in het bestuursrecht (en bovendien niet altijd door de Raad voor Rechtsbijstand in de voorfase wordt vergoed). Zie: A.Q.C.Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht*, 2005, p. 1210). Volgens Verheij vraagt deze tegenstrijdigheid een rechtspolitieke discussie: ABRVS, 20 februari 2001, AB 2002, 29 m.nt. Verheij.
- 23 E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom 'Balanceren boven nul', NTB 2000, 7, p. 214 e.v.
- 24 Kortom, de bestuursrechter begint niet bij nul, zoals we wel in het civiele recht of het strafrecht zien.

elke volgende instantie (onderdelentrichter), maar evenzo het verwijtbaar niet aanvoeren van bepaalde *gronden* (grondentrichter¹⁹) of bepaald *bewijs* (bewijstrechter).²⁰ De omvang van de toetsing in een bepaalde procedurele fase, wordt dus mede bepaald aan de hand van wat in voorafgaande instanties is gebeurd. Het trechtermodel, dat slechts de belanghebbende treft,²¹ legt daarmee het accent op de informele bestuurlijke voorprocedure die hierdoor wordt gejuridiseerd.²²

Het trechtermodel is in de literatuur ontwikkeld als een beschrijving van een fenomeen dat zich in de jurisprudentie voordeed. Het artikel uit 2000 van Daalder en Schreuder-Vlasblom²³ wordt veelal aangehaald als theoretische onderbouwing van de bewijstrechter (en soms ook van de grondentrichter). Op grond van deze theorie laat de taak van de rechter en het bestuursorgaan niet toe dat gegevens die in de bestuurlijke voorprocedure onder tafel zijn gebleven een rol spelen in de beoordeling van het besluit bij de rechter. Het bestuursorgaan is als uitvoerder van wetgeving belast met een rechtsvaststellende taak (bijvoorbeeld afgifte van vergunningen) en behartigt daarbij geen eigen belang. Zij past deze taak onbevooroordeeld en coherent toe op alle gevallen. Voor het ontstaan van rechtsgevolgen van het besluit is de medewerking van de burger noodzakelijk. Blijft die medewerking uit, dan mag de rechter niet in beroep alsnog deze rechtsvaststellende taak vervullen. De bestuursrechter zou als individuele geschillenbeslechter immers geen overzicht hebben over het geheel van besluitvorming. Hij controleert – als tweede in lijn²⁴ – enkel het bestuur en toetst het besluit van het bestuursorgaan op rechtmatigheid. Het besluit is onrechtmatig wanneer het bestuursorgaan niet zorgvuldig is geweest.

De auteurs onderscheiden in dit kader verschillende bewijsdomeinen, die mede bepalen in hoeverre gegevensaanvoer nog toelaatbaar is. Binnen het bewijsdomein van het bestuursorgaan kan de belanghebbende altijd alles aanvoeren wat hij dienstig acht. Het bestuursorgaan had deze feiten immers op grond van de voor hem geldende zorgvuldigheids- en voorlichtingsplicht ex artikel 3:2 Awb zelf moeten verzamelen. Het bestuursorgaan heeft op basis van deze theorie rechtmatig gehandeld als de te laat aangevoerde feiten vallen binnen het bewijsdomein van de belanghebbende en het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb niet valt te verwijten dat het deze feiten niet kende én als het op basis van de feiten die het wel kende niet anders kon besluiten.²⁵ Volgens de auteurs mag in dat geval een trechter worden toegepast. De belanghebbende heeft immers, ondanks dat hij daarover is geïnformeerd, niet voldaan aan zijn informatieplicht ex artikel 4:2 Awb.

Een beperking van het aanvoeren van gegevens (bewijs en gronden) *binnen* een procedurele fase wordt veelal niet als trechter aangemerkt, maar wordt geacht verband te houden met het beginsel van de goede procesorde in 'enge' zin.²⁶ Dit beginsel geldt in dit verband slechts voor de vraag tot aan welk tijdstip nog nieuwe gegevens in de procedure kunnen worden ingebracht zonder in strijd te komen met het verdedigingsbeginsel (onder andere artikel 8:58 Awb).²⁷ Te laat aangevoerde informatie zou dus alsnog – tijdig – in de volgende fase moeten kunnen worden ingebracht.²⁸ Bij een 'ruime' opvatting van het beginsel van de goede procesorde is dit niet mogelijk en gaat het om de vraag of in hoger beroep nog een verbreding of vernieuwing van de rechtsstrijd toelaatbaar is ten opzichte van wat in eerste aanleg is behandeld.²⁹ Deze ruime opvatting zou wel als trechter kunnen worden geïdentificeerd. Van de Griend is van mening dat dit, buiten de onderdelentrichter, de enige trechter is die in het bestuursprocesrecht zou mogen worden gebruikt. Om te voorkomen dat de herkansingsfunctie van het hoger beroep hierdoor te veel wordt beperkt, zou deze beperking slechts in twee spaarzame – en overwegend theoretische – gevallen mogen worden gebruikt: indien de late gegevensverstrekking tot onaanvaardbare extra onderzoekslasten (en kosten) zou leiden, of indien men moedwillig de informatie heeft achtergehouden.³⁰

De Afdelingsjurisprudentie uit de periode voorafgaand aan de wijziging van artikel 6:13 Awb laat zien dat, hoewel de Afdeling de grondentrichter in eerste aanleg terughoudend

toepaste,³¹ zij wel regelmatig in eerste aanleg een bewijstrechter hanteerde, hierbij verwijzend naar de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom. In appèl daarentegen werden beide trechters strikt gehanteerd, onder verwijzing naar de controle- en rechtseenheidfunctie³² en doelmatigheidsoverwegingen,³³ óók voor gronden ontleend aan het EVRM en EG-recht.³⁴ De resultaten van het onderzoek van De Jong en Marseille indiceren echter dat, zoals Van de Griend treffend stelt, doelmatigheid waarschijnlijk een schijnargument is voor toepassing van de trechter. Partijen hebben immers over het algemeen baat bij een snelle en goedkope procedure en zullen daardoor niet dralen met het aanvoeren van gegevens.

Uit de jurisprudentie na 1 juli 2005 blijkt dat de Afdeling, conform artikel 6:13 Awb, over het algemeen geen trechters meer toepast op gegevens die zien op besluitonderdelen die reeds in de bestuurlijke fase zijn bestreden.³⁵ De invulling van het hiervoor bepalende begrip 'besluitonderdeel' bespreek ik in de volgende paragraaf. De Afdeling laat in het milieurecht zien dat zij evenmin een trechter hanteert op formele procedurele aspecten die voor het eerst in eerste en enige aanleg worden aangevoerd en niet zien op een specifiek besluitonderdeel.³⁶

De wijziging van artikel 6:13 Awb heeft voor wat betreft de gronden- en bewijstrechter betrekkelijk weinig invloed gehad op de jurisprudentie van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB), de Hoge Raad (HR)³⁷ en de Centrale Raad van Beroep (CRVB), aangezien zij zowel in eerste aanleg als in appèl vrijwel geen trechter toepassen. Zij stellen de herkansingsfunctie voorop en nemen op grond daarvan nieuwe gegevens mee in de beoordeling van het geschil, tenzij dit in strijd komt met de goede procesorde in 'enge zin'. Soms laat de CRVB zelfs nieuwe gronden toe die pas in het verweerschrift zijn aangevoerd, hoewel het bestuursrecht geen incidenteel appèl kent.³⁸

Het verwijtbaar te laat aanvoeren van gegevens kan voor de CRVB overigens wel aanleiding geven tot een veroordeling in de proceskosten of vermindering van de schadevergoeding.³⁹

Met de wijziging van artikel 6:13 Awb kunnen gronden of bewijsstukken, als deze *niet* zien op in de bestuurlijke fase bestreden onderdelen van een besluit, in eerste aanleg en in hoger beroep, wel buiten de beoordeling worden gelaten. Aan de werking van deze onderdelentrichter besteed ik uitgebreid aandacht in de volgende paragraaf.

Wijziging artikel 6:13 Awb: onderdelentrichter

Met de afschaffing van de actio popularis op 1 juli 2005⁴⁰ staat ook in het milieurecht en het ruimtelijk ordeningsrecht beroep slechts open voor belanghebbenden. Het vereiste dat de belanghebbende zijn bedenkingen of zienswijzen in de voorbereidingsprocedure van het besluit heeft moeten laten horen alvorens ontvankelijk te zijn in het beroep, geldt nog wel steeds. Dit is echter per 1 juli 2005 voor het gehele bestuursrecht vastgelegd in artikel 6:13 Awb, het algemeen bestuursrechtelijk equivalent van de al bij de Medembliklijn besproken artikelen 20.6 Wet milieubeheer (Wm) en 56 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO).⁴¹

Artikel 6:13 Awb luidt sinds deze wetswijziging als volgt: *Geen beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in artikel 3:15 naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.*

Hoewel dit niet met zoveel woorden uit bovenstaande wettekst blijkt, heeft de wetgever met dit artikel tevens beoogd de onderdelentrichter te codificeren en de gronden- en bewijstrechter af te schaffen. Hierdoor omvat dit artikel niet meer slechts de vraag of je in rechte kan opkomen tegen een besluit (ontvankelijkheid), maar omvat dit artikel nu ook de vraag in *hoeverre* je in rechte kan opkomen tegen een besluit (reikwijdte).⁴²

25 Dit lijkt slechts uitzondering als het bestuursorgaan verwijtbaar heeft gehandeld. Zie: ABRVS, 19 augustus 1999, AB 1999, 403 m.nt. MSV. De bewijslast viel binnen het bewijsdomein van de belanghebbende, maar het bestuursorgaan had niet voldaan aan de daarin voor hem geldende voorlichtingsplicht en dus mocht de belanghebbende alsnog in beroep bewijsstukken overleggen die de teelt van winter-bewaarprijs aantoonde.

26 R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, 2004, p. 94. Zie ook: B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 314 en C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlossels, 'De omvang van het bestuursrechtelijk geding: het Europese recht als paard van Troje? Over de (on)toelaatbaarheid van procestechnische trechters en ambtsshalve rechtstoepassing', de Gts. 2005, 26.

27 CRVB, 11 januari 2008, AB 2007, 78 m.nt. Tollenaar. Het door beide partijen enkele uren respectievelijk enkele dagen voor de zitting nader aangevoerde bewijs is door de rechtbank wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing gelaten. De CRVB heeft het bewijs, nu wel tijdig aangevoerd, alsnog in hoger beroep in de beoordeling betrokken. In het belastingrecht wordt art. 8:58 Awb ruimer uitgelegd: zelfs op de zitting mogen nog nieuwe feiten worden aangevoerd. Dit vloeit voort uit het feit dat het in het belastingrecht gaat om gebonden in plaats van rechtsvaststellende besluiten. De rechter stelt hierbij de feiten vast en trekt zich weinig aan van de bestuurlijke fase. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, 2007, p. 87.

28 CBB, 1 april 2004, AB 2004, 450.

29 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, 2001, p. 139 e.v.. E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', NTB 2000, p. 220. P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, 2005, p. 94.

30 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 274.

- 31 ABRVS, 10 september 2003, AB 2004, 4 m.nt. Widdershoven: gronden die niet expliciet in bezwaar of in administratief beroep zijn aangevoerd, mogen niet vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling blijven (uitzondering: milieu- en ruimtelijkeordeningsrecht). Als de beroepsgronden direct verband houden met iets dat in bezwaar is aangevoerd, kunnen die gewoon bij de beoordeling van het beroep worden betrokken: ABRVS, 12 januari 2005, AB 2005, 75 m.nt. RW.
- 32 De Afdeling stelt de uitspraak in eerste aanleg centraal en kan daarom geen nieuwe gronden en bewijsmiddelen in haar beoordeling betrekken. De rechter heeft zich daarover in eerste aanleg immers niet kunnen uitlaten. Dit standpunt is in de lijn van Daalder/Schreuder-Vlasblom niet goed verklaarbaar, nu het voor de rechtmatigheidstoets enkel van belang is of het bestuursorgaan zich er over heeft kunnen uitlaten. De rechter mag slechts controleren.
- 33 Zie anders: De Jong 2004, *Beroep op tijd*, p. 126 e.v. Uit onderzoek naar procestechnieken bij bouwen en handhavingsbesluiten in eerste aanleg, blijkt dat 46 procent van de eisers geen extra stukken indient. Als zij dit wel doen, leidt dit niet tot vertraging van de procedure. Het indienen van stukken lijkt afhankelijk te zijn van de winstkans. Hoe kleiner de winstkans, hoe meer stukken. Opmerking verdient wel dat niet is onderzocht wat de rechter met de stukken heeft gedaan. Indien de extra stukken zijn 'weggetrechterd', zou dat mogelijk ook een reden kunnen zijn van het uitblijven van vertraging van de procedure. Zie ook: Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, 2004, p. 169. Uit onderzoek naar procedures over bouw- en arbeidsongeschiktheidsbesluiten blijkt de lange duur van de procedure lang niet altijd aan belanghebbende te wijten, maar vaak ook aan rechters en bestuursorganen.
- 34 ABRVS, 12 juli 2006, AB 2006, 338 m.nt. Widdershoven; zie ook ABRVS, 21 juni 2006, AB 2006, 339 en ABRVS, 9 augustus 2006, AB 2006, 340. Uitzondering hierop: ABRVS, 28 april 2004, AB 2004, 276 m.nt. RW, de Afdeling paste hier geen grondentrichter toe op voor het eerst in appèl aangevoerde gronden ontleend aan het EVRM.
- 35 M. Schreuder-Vlasblom, 'Artikel 6:13 Awb: van berustingsbepaling tot koekoeksjong', Jbplus 2007, p. 144.

Dat de wetgever deze uitleg aan dit artikel heeft gegeven, is mede veroorzaakt door een wat ongelukkig formulerende commissie-Boukema bij de tweede evaluatie van de Awb.⁴³ Deze commissie achtte de trechter, buiten het complexe milieurecht,⁴⁴ niet wenselijk. Zij creëerde echter onbedoeld een onderdelentrichter voor het gehele bestuursrecht door rechters te adviseren gronden en bewijsmiddelen niet buiten beschouwing te laten op de enkele grond dat deze niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht,⁴⁵ *tenzij* deze betrekking zouden hebben op een *onderdeel* van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet was aangevochten. Hoewel dit advies slechts voor rechters was bedoeld, heeft de minister van Justitie deze visie overgenomen en op 29 oktober 2004 in een brief aan de Tweede Kamer bevestigd.⁴⁶ Zonder hierop verder in te gaan, blijft het de vraag in hoeverre wetgeving enkel via deze brief van de minister mogelijk is, zonder dat dit ook expliciet in de wettekst wordt weergegeven.

De ontvankelijkheid van het beroep⁴⁷ is sinds 1 juli 2005 dus niet meer slechts afhankelijk van de vraag of je in de bestuurlijke fase een rechtsmiddel hebt ingesteld, maar is ook afhankelijk van de onderdelen van het besluit die je met dit rechtsmiddel hebt aangevochten. Het besluitonderdeel is daarmee van cruciale betekenis geworden in het bestuursrecht. Het probleem is echter dat deze term in de Awb niet is gedefinieerd. Het is dus aan de bestuursrechter om hieraan invulling te geven.

De jurisprudentie is op dit punt nog niet uitgekristalliseerd en laat binnen de diverse sectoren verschillende interpretaties zien. Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 januari 2003⁴⁸ geoordeeld dat het belastingbesluit één en ondeelbaar is, waardoor een beperking van gronden of bewijsmiddelen in eerste aanleg of appèl niet mogelijk is.⁴⁹ De Afdeling onderscheidt daarentegen niet alleen diverse onderdelen in een milieuvergunningbesluit,⁵⁰ maar ook in bestemmingsplanprocedures.⁵¹ Evenzo oordeelde de CRVB een beroep in het kader van de Wet gehandicapten vervoersvoorzieningen (huidige wmo) gedeeltelijk niet ontvankelijk, omdat in bezwaar bepaalde besluitonderdelen niet waren bestreden.⁵² Een indicatiebesluit in het kader van AWBZ acht de CRVB daarentegen ondeelbaar vanwege de samenhang met de – mogelijk – nog te indiceren zorgfuncties.⁵³ Tot slot bestaat een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling voor de wao⁵⁴ en de Wajong⁵⁵ volgens de CRVB evenmin uit verschillende besluitonderdelen. De verwachting van De Poorter dat de opsplitsing van besluitonderdelen in het kader van artikel 6:13 Awb zich met name in het omgevingsrecht zou voordoen, is, zoals uit het voorgaande blijkt, dus niet bewaarheid.⁵⁶

Net als in de jurisprudentie bestaat er ook in de literatuur weinig overeenstemming over de definitie van een besluitonderdeel. Zo omschrijven Widdershoven⁵⁷ en Van de Griend⁵⁸ een besluitonderdeel als een element van een besluit dat splitsbare rechtsgevolgen heeft ten opzichte van de rechtsgevolgen van het totale besluit (positieve indicatie) en dat niet onlosmakelijk samenhangt met andere elementen van dat besluit (negatieve indicatie). De Bock⁵⁹ omschrijft een besluitonderdeel enerzijds als een deel van een motivering en beschouwt anderzijds een deel van een besluit dat op een afzonderlijk rechtsgevolg is gericht als een besluitonderdeel. Willemsen definieert een besluitonderdeel als een parallelle deelbeslissing die noodzakelijk is voor het dictum, maar geen opeenvolgende stap in de redenering vormt (bijvoorbeeld milieuvoorschriften).⁶⁰ Tot slot onderscheidt Crommelin veel besluitonderdelen door alle voorwaarden die moeten worden vervuld of alle opeenvolgende beslistmomenten die aan een besluit ten grondslag liggen als verschillende besluitonderdelen aan te merken.⁶¹

Om de gronden- en bewijstrechter, conform de bedoeling van de wetgever, werkelijk uit het bestuursprocesrecht te laten verdwijnen, zal het begrip 'besluitonderdeel' ruim moeten worden opgevat. Op deze manier wordt voorkomen dat een groot deel van het besluit aan (effectieve) rechterlijke controle wordt onttrokken, om de enkele reden dat de belanghebbende daartegen (per ongeluk) in de bestuurlijke fase geen bezwaar, administratief

beroep of zienswijze in de zin van artikel 3:15 Awb heeft aangevoerd. Zoals we hebben kunnen zien, springt zowel de Afdeling als de CRVB hiermee per besluit verschillend om.

Ontwikkeling trechtermodel in het asielrecht

Inleiding

Het gemak waarmee in sommige delen van het bestuursrecht gegevens ook nog na de bestuurlijke voorfase worden toegelaten, geldt niet binnen het vreemdelingenrecht, in het bijzonder het asielrecht. In dit deel van het bestuursrecht hanteert de Afdeling met enige regelmaat een trechter. Deze trechter wordt niet alleen toegepast op ex tunc-feiten, maar ook bij de beoordeling van nieuwe feiten en omstandigheden (nova) in het kader van artikel 4:6 Awb en artikel 83 Vw.⁶²

Hieronder ga ik nader in op de toepassing van de trechter op dit specifieke terrein. Hierbij onderzoek ik op welke wijze de Afdeling de onderdelentrichter in het vreemdelingenrecht heeft vormgegeven en beantwoord ik de vraag of met de wijziging van artikel 6:13 Awb de gronden- en bewijstrechter uit het vreemdelingenrecht zijn verdwenen. Voor zover van belang is hierbij nog zijdelings aandacht voor het wetsvoorstel-Pechtold en Van der Ham tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken⁶³ en de brief van 24 juni 2008 van de minister van Justitie en de staatssecretaris over de kabinetsplannen om tot een effectievere asielprocedure en terugkeerbeleid te komen.⁶⁴

Bewijstrechter en grondentrichter

In het asielrecht, waar feitelijke stellingen een belangrijke rol spelen, valt soms moeilijk te bepalen of deze stellingen als gronden of als bewijs moeten worden geduid.⁶⁵ Eén ding is echter duidelijk: de Afdeling past op deze stellingen, ook na de wijziging van artikel 6:13 Awb, veelal een trechter toe onder verwijzing naar de reeds uitvoerig besproken benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom.⁶⁶ Op grond van deze theorie is het dus aan de asielzoeker om bij zijn aanvraag alle relevante informatie naar voren te brengen en zo aannemelijk te maken dat hij in aanmerking moet komen voor een asielvergunning (artikel 4:2 Awb jo artikel 31 Vw).⁶⁷

De volgende twee uitspraken die betrekking hebben op het bewijsdomein van de asielzoeker laten zien dat de bewijsdomeintheorie in het asielrecht vergaande consequenties heeft. Zo hanteert de Afdeling in de uitspraak van 14 maart 2008⁶⁸ een bewijstrechter bij een afwijzing van een asielaanvraag in de AC-procedure. Ondanks dat de asielzoeker het bewijs reeds bij de aanvraag en in de zienswijze had aangekondigd, had de rechtbank dit bewijs, dat veertien dagen na de aanvraag in beroep was overgelegd, niet in de beoordeling van het beroep mogen meenemen.⁶⁹ Onder verwijzing naar artikel 31 Vw hadden deze gegevens, die binnen het bewijsdomein van de asielzoeker vielen, volgens de Afdeling immers reeds bij de aanvraag (of zienswijze⁷⁰) moeten worden overgelegd. Slechts dan had, indien de minister deze gegevens niet in de beoordeling had betrokken, het besluit vernietigd kunnen worden wegens verwijtbaar onrechtmatig handelen door de minister.

Hoewel ik mij kan voorstellen dat het mede vanuit doelmatigheidsoverwegingen misschien te ver gaat om de minister elk aangekondigd bewijs te laten afwachten, valt er mijns inziens veel voor te zeggen om in ieder geval geen trechter op dit bewijs toe te passen indien dit bewijs in beroep wordt overgelegd. Deze voor de aanvraag belangrijke ex tunc-gegevens (een origineel 'Medical Certificate of Cause of Death' en een krantenartikel) die het bij de aanvraag ingenomen standpunt onderbouwen, krijgen immers geen herkansing meer⁷¹ en blijven anders ten onrechte onbeoordeeld. Mocht, door het (late) tijdstip van overlegging, het verdedigingsbeginsel worden geschaad, dan had de rechter de zaak kunnen aanhouden en het onderzoek kunnen heropenen.

Uitzondering op voornoemde hoofdlijn⁷² – waarbij een bewijstrechter wordt toegepast op 'te laat' aangevoerde gegevens die vallen binnen het bewijsdomein van de asielzoeker –

- 36 K.J. de Graaf en J.H. Jans, 'De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht', *Milieu & Recht* 2008, 4, p. 218. Zie ook B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 183 e.v.
- 37 J.J. Gankema, 'Het fiscale procesrecht blijft bijzonder', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 133.
- 38 R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, 2004 p. 127. De CRVB heeft zelfs toegelaten dat het bestuursorgaan het besluit in appel van een nieuwe motivering voorzag, terwijl in dat geval mogelijk een nieuw besluit op grond van art. 6:18 Awb meer op zijn plaats was geweest.
- 39 CRVB, 5 december 2001, LJN AD8577 en 15 februari 2005, LJN AS8218.
- 40 Wet van 26 mei 2005, Stb. 282.
- 41 PG Awb II, p. 362 (MvA II). Zie anders: M. Schreuder-Vlasblom, 'Het gewijzigde artikel 6:13 Awb, een trechter tussen bestuur en rechter', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 6-8. Art. 6:13 Awb-oud en art. 20:6 Wm-oud zijn volgens haar duidelijk geen parallelle bepalingen. De Medemblikjurisprudentie is volgens haar, in tegenstelling tot de opvatting van veel andere auteurs, dan ook niet uit de lucht komen vallen, maar paste in het stelsel waarin het fungeerde.
- 42 M. Schreuder-Vlasblom, 'Het gewijzigde artikel 6:13 Awb, een trechter tussen bestuur en rechter', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 4.
- 43 Commissie Evaluatie Awb II, 1997-2001.
- 44 Volgens M. Schreuder-Vlasblom, 'Het gewijzigde artikel 6:13 Awb, een trechter tussen bestuur en rechter', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 8 aanvaardde de commissie-Boukema slechts een trechter bij de actio popularis in het omgevingsrecht, omdat het zulke complexe zaken betrof en de zaken zonder trechter anders te bewerkelijk zouden worden. De ABRV vond dat het bestuursorgaan nooit met alle belangen rekening kon houden en een voor iedereen rechtens juist besluit kon nemen en daarom is toen de eis gesteld dat men voor beroep gebonden werd aan de eerder aangevoerde inhoudelijke argumenten.
- 45 B.J. van de Griend, *Trechter in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 174.
- 46 TK 2004-2005, 29 421, nr. 11.
- 47 Art. 6:13 Awb is ex art. 6:24 Awb ook van toepassing in hoger beroep.
- 48 HR, 24 januari 2003, BNB 2003, 172; AB 2003, 139; NTR 2003, 277.

- 49 Dit is overigens een duidelijk voorbeeld van 'elk nadeel heb zijn voordeel' (Johan Cruijff). Het belastingbesluit is door de Hoge Raad immers ondeelbaar verklaard om daarmee de mogelijkheid voor de inspecteur te behouden om interne compensatie te kunnen toepassen, zie J.J. Gankema, 'Het fiscale procesrecht blijft bijzonder', *Jbplus-Verklaard* 2006, p. 131-133.
- 50 ABRVS, 1 november 2006, NJB 2006, 46 en AB 2007, 95 m.nt. Van den Broek & Marseille. De Afdeling merkt verschillende categorieën milieugevolgen als apart besluit-onderdeel aan. Zie over art. 6:13 Awb in het milieurecht ook K.J. de Graaf & J.H. Jans, 'De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht', *Milieu & Recht* 2008, 4, p. 216-220.
- 51 ABRVS, 20 april 2005, AB 2006, 113 m.nt. Nijmeijer.
- 52 CRVB, 25 juli 2007, AB 2007, 360 m.nt. Tollenaar.
- 53 CRVB, 28 november 2007, JB 2008, 17, USZ 2008, 14 m.nt. Vermaat.
- 54 CRVB, 13 mei 2008, JB 2008, 150 m.nt. LJMT.
- 55 CRVB, 10 juni 2008, LJN BD3716.
- 56 J.C.A. De Poorter, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *NTB* 2007, 8, p. 325.
- 57 R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *Jbplus-Verklaard* 2006, p. 36.
- 58 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 23.
- 59 R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, 2004, p. 34.
- 60 P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, 2005, p. 81.
- 61 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden*, 2007, p. 210.
- 62 T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, 2005, H 8.3.10, p. 304 e.v.
- In ABRVS, 10 september 2004, NAV 2004/289, JV 2004/414 stelt de Afdeling het toetsingskader van art. 83 Vw gelijk aan art. 4:6 Awb.
- 63 TK 2007-2008, 30830, nr. 8.
- 64 TK 2007-2008, 29344, nr. 67 (brief MvJ).
- 65 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 120.
- 66 E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, 7, p. 214 e.v.

vormt de uitspraak van 12 november 2007.⁷³ Omdat de minister in deze uitspraak, anders dan in de voorgaande uitspraak, wel verwijtbaar zou hebben gehandeld, past de Afdeling hier geen bewijstrechter toe op feiten die vallen binnen het bewijsdomein van de asielzoeker. Volgens de Afdeling had de minister in de besluitvormingsprocedure namelijk ten onrechte geen kennis genomen van de resultaten van een reeds in de bestuurlijke fase door de asielzoeker gestarte en kenbaar gemaakte contra-expertise. Door uitstel te verlenen voor het indienen van een zienswijze had de minister dit verwijtbaar handelen kunnen voorkomen, aldus de Afdeling.

Hoewel naar mijn mening de asielzoeker in beide uitspraken geen verwijt viel te maken voor het niet tijdig kunnen overleggen van de reeds aangekondigde gegevens, worden de gegevens in de eerste uitspraak niet en in de laatste uitspraak wel in de beoordeling meegenomen. Deze onbevredigende uitkomst lijkt enkel het gevolg te zijn van de onrechtmatigheidstoets zoals die conform de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom door de Afdeling wordt uitgevoerd: zolang het bestuursorgaan geen verwijt valt te maken, heeft het rechtmatig gehandeld en kan het besluit niet worden vernietigd. Of de asielzoeker evenmin een verwijt valt te maken aan het niet kennen of niet kunnen overleggen van de gegevens doet er dus niet toe. Dit laatste vormt dus geen reden om nieuwe gegevens die na de aanvraag worden aangevoerd toch in de beoordeling mee te nemen. Een benadering die tot materieel onjuiste besluiten leidt en waarop ik later in dit artikel nog terugkom.

Tot slot past de Afdeling, ook na 1 juli 2005, geen trechter toe op gegevens die vallen binnen het bewijsdomein van de minister. Groenewegen⁷⁴ verwijst in dit kader naar een uitspraak van de Afdeling van 18 april 2007.⁷⁵ Volgens hem accepteert de Afdeling hier in eerste aanleg nieuw bewijsmateriaal (en past het dus geen bewijstrechter toe), omdat het een ambtshalve intrekking van een verblijfsvergunning regulier betreft. In dat geval draagt de minister de bewijslast en verbiedt geen rechtsregel de vreemdeling om de beroepsgronden nog met nader bewijs te staven.

De Afdeling past genoemde trechters overigens niet alleen toe in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep. Daar wordt de trechterwerking nog versterkt door de rigide uitleg die de Afdeling als pseudo-cassatierechter geeft aan het grievenstelsel ex artikel 85 Vw jo artikel 91 Vw. Zo is het hogerberoepschrift slechts ontvankelijk indien grieven worden aangevoerd die gemotiveerd aangeven met welk onderdeel van de uitspraak men het oneens is. De uitspraak in eerste aanleg⁷⁶ staat dus in hoger beroep centraal. Daarnaast laat de Afdeling geen gronden toe die voor het eerst in hoger beroep worden aangevoerd,⁷⁷ omdat de rechter zich hierover in eerste aanleg geen oordeel heeft kunnen (en ook niet ambtshalve⁷⁸ had hoeven) vormen.⁷⁹ Nieuw bewijs ter onderbouwing van in hoger beroep voor het eerst aangevoerde gronden wordt evenmin toegelaten. Het grievenstelsel beperkt op deze wijze dus niet alleen de reikwijdte, maar ook de inhoud van de gegevensaanvoer in hoger beroep. Deze trechter vertoont daardoor veel overeenkomsten met de inhoudelijke trechter uit de Medembliklijn, die de wetgever op 1 juli 2005 via artikel 6:13 Awb heeft afgeschaft. Hierbij was het evenmin toegestaan om in eerste en enige aanleg nieuwe gronden aan te voeren tegen reeds in de bedenkingenfase geuite bedenkingen tegen het ontwerp van het besluit.⁸⁰

Binnen de grenzen van de goede procesorde mag in hoger beroep een eerder ingenomen standpunt overigens wel met nader bewijs worden onderbouwd.⁸¹ De bestuursrechter heeft zich over dit standpunt immers wel in eerste aanleg kunnen uitlaten.

Het grievenstelsel zoals de Afdeling dat in het vreemdelingenrecht toepast, dwingt de vreemdeling de discussie die hij in eerste aanleg is gestart, in appèl voort te zetten.⁸² Een bewuste frontverandering in bewijs of argumentatie⁸³ mag dus niet meer in hoger beroep plaatsvinden en evenmin kan een niet verwijtbare misser in appèl worden hersteld. Dit

gebrek aan ruimte voor herkansing hoeft, anders dan de Afdeling stelt, geenszins te volgen uit het grievenstelsel en het feit dat de uitspraak het object van beoordeling in hoger beroep vormt. Zoals we immers in het civiele recht kunnen zien, is toelating van nieuwe gegevens in hoger beroep ook met een grievenstelsel heel goed mogelijk.⁸⁴

Gelet op het voorgaande kunnen we dus concluderen dat de Afdeling, ook na de wijziging van artikel 6:13 Awb, in het asielrecht zowel in eerste aanleg als in appel nog steeds een gronden- en bewijstrechter toepast op gegevens die na de bestuurlijke fase worden aangevoerd.

Toch zijn er ook kleine, uit het vreemdelingenrecht afkomstige, aanwijzingen dat de Afdeling een koerswijziging in eerste aanleg overweegt. Zo neemt de Afdeling in de al eerder besproken uitspraak van 18 april 2007 het in eerste aanleg aangevoerde bewijs mee in haar beoordeling, omdat dit zou verwijzen naar hetgeen reeds in bezwaar is aangevoerd. Op grond van deze motivering zou, anders dan Groenewegen veronderstelt, het buiten toepassing laten van de bewijstrechter mogelijk niet op de bewijsdomein-theorie zijn gestoeld, doch op het feit dat het bewijs een onderbouwing vormt van een reeds in bezwaar aangevochten (onderdeel van het) besluit.

De uitspraak van 27 februari 2008⁸⁵ lijkt deze laatste visie te bevestigen. Deze uitspraak heeft eveneens betrekking op een ambtshalve besluit. De Afdeling motiveert de toelating van gegevens (en dus het uitblijven van een grondentrichter) in deze uitspraak met een duidelijke verwijzing naar artikel 6:13 Awb. In r.o. 2.3.1 overweegt zij: *uit de wet, in het bijzonder artikel 6:13 Awb, noch uit enig rechtsbeginsel (vloeit) voort dat gronden die niet expliciet in bezwaar zijn aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven*. De toepassing van de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom⁸⁶ lijkt hier dus niet meer voor de hand te liggen.

Onderdelentrichter

Ter beantwoording van de vraag welke rol de onderdelentrichter in het asielrecht speelt, is het van belang eerst terug te gaan naar de parlementaire geschiedenis van artikel 6:13 Awb. Zoals eerder beschreven, hanteerden de verschillende bestuursrechters (Afdeling, CRVB, CBB en HR) het trechtermodel op zeer uiteenlopende wijze. De wetgever zag het, met name door de Afdeling toegepaste, trechtermodel als onwenselijk en wilde de uniformiteit weer terugbrengen in het bestuursprocesrecht.⁸⁷ Een uitputtende regeling in artikel 6:13 Awb moest hiervoor zorgen. Op grond van dit artikel zou nog slechts een onderdelentrichter zijn toegestaan in het (hoger) beroep dat volgde op de limitatief opgesomde rechtsmiddelen (bezwaar, administratief beroep of een zienswijze in de zin van artikel 3:15 Awb).

Deze opsomming van rechtsmiddelen omvat echter niet de op de asielprocedure toepasselijke zienswijze ex artikel 39 Vw.⁸⁸ De vraag die nu kan worden gesteld is of dit een omissie is van de wetgever, of dat de wetgever deze zienswijze bewust niet in artikel 6:13 Awb heeft opgenomen. De parlementaire geschiedenis geeft hierop geen duidelijk antwoord. Indien van het laatste geval moet worden uitgegaan, zou je kunnen stellen dat artikel 6:13 Awb niet van toepassing is op de asielprocedure. En gelet op het feit dat de wetgever het trechtermodel per 1 juli 2005 uitputtend wenste te regelen in artikel 6:13 Awb, zou op grond daarvan in het asielrecht zowel in eerste aanleg als in appel géén trechter, dus ook geen onderdelentrichter, meer mogen worden toegepast.⁸⁹

Deze redenering gaat niet op voor het reguliere vreemdelingenrecht,⁹⁰ waar de bezwaarprocedure, in tegenstelling tot het asielrecht, niet buiten toepassing is verklaard. Daarvoor blijft de onderdelentrichter en de uitleg die de Afdeling aan het begrip besluitonderdeel geeft, dus in ieder geval van groot belang.

Zoals we eerder zagen, splitst de Afdeling evenals de CRVB en het CBB besluiten op in onderdelen. Tot op heden heeft zij hierover voor het vreemdelingenrecht echter nog geen richtinggevend uitspraak gedaan. Betekent dit dat we vooralsnog het vreemdelingenbesluit als ondeelbaar moeten beschouwen?

67 De door Pechtold en Van der Ham voorgestelde codificatie van de bewijsvoorlichtingsplicht van de staatssecretaris in het nieuwe art. 38 lid 2 Vw zal naar mijn verwachting niet het beoogde effect hebben. De kans is namelijk aanwezig dat deze inspanningsverplichting van de staatssecretaris opnieuw met een standaardpassage zal worden afgedaan.

68 ABRVS, 14 maart 2008, JV 2008/179.

69 De asielzoeker had het bewijs naar mijn mening om begrijpelijke redenen niet op zijn vlucht meegenomen (hij wenste geen asiel aan te vragen in Nederland, maar was op doorvlucht naar Italië. Toen hij op Schiphol werd aangehouden, voelde hij zich, ter voorkoming van uitzetting naar Nigeria, genoodzaakt in Nederland asiel aan te vragen). Hij kon dit daarom niet direct bij zijn aanvraag overleggen.

70 In r.o. 2.1.2. oordeelt de Afdeling ...dat hij de daartoe strekkende documenten niet in het kader van de besluitvorming door de staatssecretaris kon overleggen, dient voor zijn rekening te blijven. De Afdeling lijkt hiermee, anders dan in art. 31 Vw staat, wel toelaatbaar te achten dat documenten, vallend binnen het bewijsdomein van de asielzoeker, nog bij de zienswijze worden overgelegd.

71 Dit komt door het strikte novacriterium dat de Afdeling bij herhaalde aanvragen hanteert.

72 Zie voor regulier vreemdelingenrecht: ABRVS, 7 maart 2007, JV 2007/179.

73 ABRVS, 12 november 2007, 200703579/1.

74 T. Groenewegen, NAV 2007 nr. 4, p. 275-279.

75 ABRVS, 18 april 2007, JV 2007/261.

76 Het besluit dat aan de uitspraak ten grondslag ligt, staat dus niet centraal. Dit is anders bij de CRVB (zie: CRVB 19 oktober 2005, RSV 2006, 14).

77 ABRVS, 2 augustus 2001, JV 2001/257.

78 Bij bepalingen van openbare orde.

79 ABRVS, 18 december 2007, 200708559/1 www.raadvanstate.nl.

80 De vraag kan worden gesteld of de Afdeling, anders dan de wetgever, art. 85 Vw (dat art. 6:5 Awb aanvult en geen uitzondering vormt op art. 6:13 Awb) zo beperkt mag uitleggen dat het in strijd komt met art. 6:13 Awb.

81 ABRVS, 8 juli 2005, NAV 2005/188 m.nt. Andebrhan, JV 2005/426 m.nt. Olivier.

- 82 H.G. Lubberdink, 'Het grievens-
stelsel in de rechtspraak van de
Afdeling bestuursrechtspraak van
de Raad van State in vreemde-
lingenzaken in: Raad van State,
*Grievens in het bestuursprocesrecht.
Het grievensstelsel in het licht van
5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en
het algemeen bestuursrecht*, 2006,
p. 29.
- 83 Dit mogen slechts ex tunc-gege-
vens betreffen, omdat art. 83 Vw
niet in hoger beroep van toepas-
sing is.
- 84 Niet alleen in het socialezeker-
heidsrecht en het belastingrecht,
maar ook in het civielrechtelijke
grievensstelsel is dus wel ruimte
voor herstel, J.C.A. De Poorter,
'Het grievensstelsel in intern
rechtsvergelijkend perspectief',
in: Raad van State, *Grievens in
het bestuursprocesrecht. Het
grievensstelsel in het licht van 5 jaar
Vreemdelingenwet 2000 en het
algemeen bestuursrecht*, 2006, p.
45-66. Zie ook: B.J. Van de Griend,
Trechters in het bestuursprocesrecht,
2007 p. 229-232.
- 85 ABRVS, 27 februari 2008,
200704542/1, www.raadvanstate.nl.
- 86 Deze theorie paste de Afdeling
ook analoog op nieuwe gronden
toe.
- 87 TK 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 7.
- 88 Deze zienswijze volgt immers niet
uit de uniforme openbare voorbe-
reidingsprocedure van afdeling
3.4 Awb, maar is ontleend aan
art. 4:7 jo 4:9 Awb. Zie ook
TK 1999-2000, 26732, nr. 3, p. 44.
- 89 Zie ook B.J. van de Griend,
Trechters in het bestuurprocesrecht,
2007, p. 181.
- 90 Met uitzondering van de ambts-
halve beschikkingen, daarvoor kan
sinds 1 september 2003 ook een
voornemenprocedure gelden, Wet
van 19 juni 2003, Stb. 2003, 269.
- 91 ABRVS, 29 mei 2001, JV 2001/166,
RV 2001, 65 m.nt. Vermeulen. De
bevoegdheid tot uitzetting is van
rechtswege het rechtsgevolg van
een afwijzende meeromvattende
beschikking.
- 92 Ja, aldus de CRVB: een arbeidson-
geschiktheidsbesluit is niet aan te
merken als zelfstandig deelbesluit
en bestaat derhalve ook niet uit
onderdelen van een besluit als
bedoeld in art. 6:13 Awb, aldus
CRVB, 13 mei 2008, JB 2008, 150
m.nt. LjMT (kritisch) en CRVB,
10 juni 2008, LJN BD3716. Zie ook:
R.H. de Bock, *De omvang van het
geding*, 2004, p. 34.
- 93 ABRVS, 2 april 2002, JV 2002/169
m.nt. Boeles; ABRVS, 29 septem-
ber 2004, JV 2004/452 m.nt.
Willemsen; ABRVS, 28 april 2008,
JV 2008/250 m.nt. Olivier.
- 94 Zie toelichting op art. 8:72 lid 1 Awb.

De Afdelingsuitspraak van 29 mei 2001⁹¹ waarin een besluit tot uitzetting niet wordt aan-
gemerkt als *zelfstandig deelbesluit* binnen de meeromvattende beschikking, geeft hiertoe
misschien aanleiding. Voor een volledige beantwoording van voornoemde vraag blijkt echter
opnieuw het belang van definiëring: kan aan een zelfstandig deelbesluit dezelfde betekenis
worden toegekend als aan een besluitonderdeel? ⁹² Ook latere Afdelingsuitspraken geven
aanleiding om te veronderstellen dat de Afdeling een asielbesluit niet in afzonderlijke
besluitonderdelen wenst op te delen. ⁹³ In deze uitspraken beschouwt de Afdeling een
asielvergunning voor bepaalde tijd als één ongedeelde vergunning en acht zij het daarom
niet mogelijk om een asielbesluit gedeeltelijk (beperkt tot een of meer besluitonderdelen⁹⁴)
te vernietigen. Anders dan de Afdeling overweegt, levert een ondeelbare asielvergunning
mijns inziens echter niet automatisch ook een ondeelbaar asielbesluit op. Juist gelet op de
diverse uit de meeromvattende beschikking voortvloeiende (splitsbare) rechtsgevolgen⁹⁵
(artikelen 27, 44 en 45 Vw) zou een opdeling in onderdelen ook voorstelbaar kunnen
zijn. Zoals we eerder zagen, is een opdeling in besluitonderdelen vanuit het oogpunt van
rechtsbescherming echter niet wenselijk.

Concluderend kunnen we vaststellen dat de Afdeling, ondanks de wijziging van artikel
6:13 Awb, in het vreemdelingen- en asielrecht blijft vasthouden aan het trechtermodel.
Zij motiveert dit veelal met een verwijzing naar de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom,
het grievensstelsel, het object van het hoger beroep of doelmatigheidsargumenten.
Argumenten die gelet op de rol en doelstellingen van het bestuursrecht en de wijziging
van artikel 6:13 Awb naar mijn mening niet langer houdbaar zijn.

Goede procesorde

Zoals we eerder zagen, leidt het beginsel van de goede procesorde soms ook tot een
trechter. Artikel 8:58 Awb vormt een uitwerking van dit beginsel. Op basis hiervan moeten
gronden of feiten tot tien dagen voor de zitting worden aangevoerd. Indien deze gegevens
buiten deze termijn worden aangevoerd, is het aan de rechter om te beoordelen of de
procesorde is geschaad. ⁹⁶ Dit artikel laat volgens de Afdeling geen geheel nieuwe gronden
of bewijs toe, doch ziet slechts op een aanvulling, toelichting of ondersteuning van reeds
eerder aangevoerde beroepsgronden. ⁹⁷ Deze laatste inhoudelijke uitleg is onder verwijzing
naar de memorie van toelichting op de Awb niet goed verklaarbaar en kan bovendien tot
onwenselijke uitkomsten leiden.

De Afdelingsuitspraak van 8 juni 2007⁹⁸ laat hiervan een voorbeeld zien. In deze uit-
spraak heeft de rechtbank, volgens de Afdeling, terecht elf dagen voor de zitting aangevoerde
nieuwe gronden en bewijs met betrekking tot de medische gesteldheid van de asielzoeker
buiten beschouwing gelaten met een beroep op strijd met de goede procesorde. Nieuwe
en voor de tiendagetermijn aangevoerde ex tunc-informatie⁹⁹ wordt dus door zowel de
rechtbank als de Afdeling niet beoordeeld, omdat het – hoewel binnen de termijn van
artikel 8:58 Awb – 'te laat' zou zijn aangevoerd. ¹⁰⁰ Als de rechtbank van mening was dat
het verdedigingsbeginsel hierdoor zou zijn geschaad, had zij naar mijn mening gebruik
kunnen maken van de mogelijkheid om de zaak aan te houden en te heropenen. ¹⁰¹ Indien
dit vanwege doelmatigheidoverwegingen niet mogelijk was, had de Afdeling de nieuwe
informatie in ieder geval in hoger beroep moeten beoordelen. Voor zover het grievensstel-
sel hiervoor geen ruimte zou laten, had dit stelsel buiten toepassing kunnen worden
gelaten onder verwijzing naar de Bahaddar-uitzondering die ik in de volgende paragraaf
bespreek. Door deze medische informatie, wetende van een mogelijke artikel 3 EVRM-
schending, met een beroep op de nationale procedureregels toch buiten beschouwing te
laten, hanteert de Afdeling met het beginsel van de goede procesorde in de hand dus een
trechter met alle mogelijke gevolgen van dien.

In de uitspraken van 11 juli 2007¹⁰² en van 11 maart 2008¹⁰³ lijkt de Afdeling een soepelere
weg te zijn ingeslagen en lijkt zij het indienen van nadere stukken een aantal dagen voor

de zitting niet meer in strijd te achten met de goede procesorde. Nadere bestudering van deze uitspraken laat echter een genuanceerder beeld zien. Zo had de rechtbank in de eerste uitspraak zelf de goede procesorde geschaad door het verweerschrift van de minister niet tijdig aan de belanghebbende door te sturen. De belanghebbende kon het nu niet worden verweten dat hij de gegevens niet in een eerder stadium had overgelegd. In de tweede uitspraak staat de Afdeling in een reguliere zaak zelfs toe dat pas op de zitting in eerste aanleg een grond wordt aangevoerd die ontleend is aan artikel 8 EVRM.¹⁰⁴ Ook in deze uitspraak lijkt er echter aanleiding¹⁰⁵ te zijn om te veronderstellen dat deze grond in de beoordeling wordt meegenomen, omdat de rechtbank in eerste aanleg zelf onvoldoende, conform artikel 8:69 lid 2 Awb, de rechtsgronden met betrekking tot artikel 8 EVRM zou hebben aangevuld.

Nova-criterium en trechter

Anders dan in het algemeen bestuursrecht, wordt het asielrechtelijk beroep in eerste aanleg ex nunc beoordeeld, op grond waarvan feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn opgekomen ook in de beoordeling kunnen worden meegenomen. Dit lijkt slechts uitzondering indien de goede procesorde zich tegen meeneming van deze gegevens verzet, of indien de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd. Deze ex nunc-toets is destijds ingevoerd om het aantal herhaalde aanvragen te beperken.¹⁰⁶

Het lijkt niet voor de hand te liggen om op deze ex nunc-gegevens een trechter toe te passen, nu deze gegevens nieuw zijn en per definitie niet te laat kunnen worden overgelegd. Voor artikel 6:13 Awb lijkt in dit geval dus geen rol te zijn weggelegd. Nadere bestudering van het asielrecht leert echter dat de wijze waarop de Afdeling nieuwe feiten en omstandigheden (nova) in het kader van artikel 83 Vw en de herhaalde aanvraag ex artikel 4:6 Awb¹⁰⁷ beoordeelt en waardeert, als een trechter kan worden beschouwd. En in dat kader komt artikel 6:13 Awb dan toch weer om de hoek kijken.

Voordat ik hierop verder inga, geef ik eerst beknopt het toetsingskader van de Afdeling aan het nova-criterium weer.¹⁰⁸ Hierbij moet een vreemdeling in de regel voldoen aan de procedureregels die zijn neergelegd in het nationale recht (onder meer artikel 31 Vw, artikel 4:6 Awb en het 'ne bis in idem'-beginsel).

Van nova is volgens de Afdeling slechts sprake indien het feiten of omstandigheden betreffen die (1) na de afwijzing van de (eerste) aanvraag zijn opgekomen, of (2) niet vóór het besluit konden en derhalve, gelet op artikel 31 lid 1 Vw, behoorden te worden aangevoerd, of indien het (3) bewijsstukken betreffen van reeds eerder aangevoerde feiten of omstandigheden die niet voor het nemen van het eerdere besluit konden worden overgelegd. Indien hieraan is voldaan, moeten deze feiten of omstandigheden aanleiding geven tot heroverweging van de afwijzing van de (eerste) aanvraag. Bovendien moeten de nova originele, gedateerde en vertaalde documenten betreffen die afkomstig zijn uit een objectieve bron.

Of er sprake is van een novum moet, volgens de Afdeling, ambtshalve en zelfstandig door de rechter worden getoetst.¹⁰⁹ Slechts onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden kan de noodzaak bestaan om deze procedureregels niet aan de vreemdeling tegen te werpen.¹¹⁰ Deze 'Bahaddar-uitzondering' is tot nu toe overigens slechts eenmaal door de Afdeling aangenomen.¹¹¹ Verschillende rechtbanken hebben wel een aantal maal een dergelijke uitzondering aanwezig geacht.¹¹²

Met een dergelijk nova-criterium beperkt de Afdeling de beoordeling van door asielzoekers aangevoerde gegevens op diverse manieren. De eerste beperking vloeit voort uit het feit dat de Afdeling de bewijsdomeintheorie van Daalder/Schreuder-Vlasblom ook op ex nunc-feiten toepast. Een tweede beperking volgt uit het feit dat de Afdeling nova op voorhand waardeert. Niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld een kopie van een arrestatiebevel nimmer vrees voor vervolging aannemelijk zou kunnen maken, enkel omdat het een kopie en geen origineel betreft. Dat relevante wijzigingen van recht niet als nova kunnen

95 Uit een afwijzende asielbeschikking vloeien verschillende rechtsgevolgen voort: de plicht om Nederland te verlaten, de beëindiging van de opvang, de mogelijkheid tot uithuiszetting en de bevoegdheid tot uitzetting. Ook bij een inwilligende beschikking kan de opvang worden beëindigd.

96 ABRVS, 27 mei 2004, AB 2007, 295.

97 Nadere gronden: ABRVS, 27 augustus 2004, JV 2004/407 en ABRVS, 14 maart 2005, NAV 2005/143, JV 2005/247 en nader bewijs: ABRVS, 22 februari 2006, JV 2006/150.

98 ABRVS, 8 juni 2007, 200700521/1, JV 2007/370.

99 De appellanten zijn overigens zelf van mening dat het ex nunc-informatie betreft: de informatie dateert weliswaar van vóór de afwijzende beschikking, maar zou pas na de afwijzende beschikking in hun bezit zijn gekomen. Zie anders: Bolt noot 113.

100 Ter vergelijking: in het belastingrecht kan zelfs op de zitting nog een nieuwe grond of bewijs worden aangevoerd.

101 Zie CRVB, 11 januari 2008, AB 2008, 78 m.nt. Tollenaar. Enkele dagen voor de zitting aangevoerde gegevens hadden niet wegens strijd met de procesorde buiten toepassing moeten worden gelaten. Juist het niet toelaten van deze gegevens in de procedure acht de CRVB in strijd met de goede procesorde. De rechtbank had de zitting maar moeten schorsen en heropenen.

102 ABRVS, 11 juli 2007, AB 2007, 294 m.nt. Jansen, JV 2007/387.

103 ABRVS, 11 maart 2008, JV 2008/171.

104 Zie anders: ABRVS, 5 maart 2002, NAV 2002/129 m.nt. Den Haan & Reneman, JV 2002/125 m.nt. Vermeulen. Een voor het eerst in eerste aanleg aangevoerd 3 EVRM-grond wordt in deze uitspraak niet toegelaten.

105 Zie r.o. 2.2. Hierin overweegt de Afdeling dat de pas ter zitting aangevoerde beroepsgronden in het verlengde liggen van wat al in bezwaar was betoogd.

106 Anders dan bedoeld is het aantal herhaalde aanvragen niet afgenomen, TK 2007-2008, 29344, nr. 67 (brief MvJ), p. 15. Doordat de minister de bevoegdheid heeft om, ook bij het ontbreken van nova en een 'Bahaddar-uitzondering', een aanvraag inhoudelijk te toetsen, wordt er toch met regelmaat een herhaalde aanvraag ingediend.

- 107 In ABRVS, 10 september 2004, JV 2004/414 stelt de Afdeling het toetsingskader van art. 83 Vw gelijk aan art. 4:6 Awb. Zie anders: ABRVS, 22 november 2007, JV 2008/39 m.nt. Spijkerboer.
- 108 ABRVS, 5 maart 2002, NAV 2002/129, JV 2002/125, AB 2002, 169 en ABRVS, 11 augustus 2004, AB 2004, 406 en ABRVS, 3 april 2007, JV 2007/233, ABRVS, 20 april 2007, AB 2007, 272 m.nt. Battjes.
- 109 ABRVS, 11 augustus 2004, NAV 2004/260, JV 2004/379.
- 110 EHRM, 19 februari 1998, Bahaddar t. Nederland, JV 1998/45, r.o. 45. Zie ook ABRVS, 8 mei 2007, JV 2007/294 waarin de Afdeling overweegt dat de voorzieningenrechter, nu er nova ontbreken, ten onrechte niet heeft beoordeeld of er niet toch bijzondere omstandigheden zijn die ertoe leiden dat het ontbreken van nova niet aan de vreemdeling kan worden tegengeworpen.
- 111 ABRVS, 24 april 2003, JV 2003/280 m.nt. Spijkerboer. Zie ook T.B. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, 2005, p. 306.
- 112 Rb Haarlem, 19 april 2007, 05/42890 en Rb Almelo, 15 oktober 2007, 07/26210.
- 113 K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, 2005, p. 177 e.v. en p. 215: nova of ex nunc-gegevens betreffen slechts nieuwe bewijzen en gronden tegen nieuwe feiten die na het nemen van het bestreden besluit zijn ontstaan. Oude bewijzen van oude feiten die voor het nemen van het bestreden besluit zijn ontstaan (bijvoorbeeld identiteitspapieren) of nieuwe bewijzen en gronden ten aanzien van oude feiten (bijvoorbeeld melding trauma, of verklaring van een arts daarover) betreffen dus ex tunc-gegevens.
- 114 T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, 2005, p. 304. Het ontbreken van verwijtbaarheid wordt zelden aanwezig geacht, ook niet bij trauma, of vertaalproblemen.
- 115 ABRVS, 3 april 2007, JV 2007/233.
- 116 K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, 2005 p. 183.
- 117 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, 2007, p. 120 e.v.
- 118 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, 2007, p. 76.
- 119 P. Boeles, 'De doctrine van de Afdeling Bestuursrechtspraak: fluïde of verstopt?' MR 2008, 1, p.4-10.

worden aangevoerd, vormt een derde beperking in de gegevensaanvoer. De vierde en laatste beperking vloeit voort uit het feit dat de Afdeling niet alleen ex nunc-feiten¹¹³ als nova beschouwt, maar ook nova aanwezig acht ingeval ex tunc-gegevens niet eerder 'konden en dus behoorden' te worden ingebracht.¹¹⁴ Hierna bespreek ik deze beperkingen die tot een gronden- of bewijstrechter kunnen leiden.

Zoals we hebben kunnen zien komt het toetsingskader van de Afdeling voor nova overeen met de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom.¹¹⁵ Deze benadering achten Bolt¹¹⁶ en Van de Griend¹¹⁷ in asielzaken in ieder geval niet toelaatbaar op ex nunc-gegevens. Deze na het genomen besluit ontstane ex nunc-gegevens kunnen immers per definitie niet in de voorbereiding van het besluit door de minister worden meegenomen en dus ook niet aan een zorgvuldige voorbereiding van het besluit in de weg staan. Op ex nunc-gegevens mag, anders dan de Afdeling doet, geen trechter worden toegepast. Voorts laat de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom geen zelfstandige feitenvaststelling door de rechter toe, terwijl hij deze bevoegdheid op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb wel heeft¹¹⁸ en hiervan – gelet op de materiële waarheidsvinding – ook gebruik zou moeten maken, zeker in het geval van ex nunc-feiten en dreigende schendingen van refoulementverboden.¹¹⁹

Kortom, een rechtmatig besluit behelst niet alleen een zorgvuldig tot stand gekomen besluit maar ook een materieel juist besluit. Het initiatiefwetsvoorstel-Pechtold en Van der Ham schiet hierin te hulp door de beoordeling van (de geloofwaardigheid van) de feiten in artikel 82a Vw-nieuw volledig aan de rechter over te laten. Op grond van dit wetsvoorstel bepaalt de rechter dus in elk concreet geval zelf welke waarde toekomt aan de door hem vastgestelde feiten. Hij zou daarmee, aldus de initiatiefnemers, het rigide nova-criterium van de Afdeling overboord kunnen gooien (volgens dit criterium worden slechts originele, gedateerde en vertaalde documenten afkomstig uit een objectieve bron als nova aangemerkt).

De derde beperking laat zien dat de gelijkstelling van het toetsingskader van artikel 83 Vw aan artikel 4:6 Awb wringt. Doordat een relevante wijziging in recht, bijvoorbeeld de instelling van een categoriaal beschermingsbeleid, gelet op de memorie van toelichting op artikel 4:6 Awb niet in een herhaalde aanvraag kan worden beoordeeld, kan dit ook niet in een lopende procedure op grond van artikel 83 Vw worden beoordeeld. Juist in het vreemdelingenrecht doen zich met enige regelmaat wijzigingen van recht en beleid voor gedurende de vaak langdurige asielprocedures. De asielzoeker rest in dat geval geen andere keus dan een nieuw asielverzoek in te dienen, dat, hoewel geen herhaalde aanvraag, door de Afdeling weer eerst aan een nova-toets wordt onderworpen.¹²⁰ Het kabinet is blijkens de brief van 24 juni 2008 echter voornemens dit probleem op te lossen door artikel 83 Vw in die zin te wijzigen dat bij de beoordeling van nova ook rekening wordt gehouden met alle relevante wijzigingen van recht.¹²¹

De vierde en laatste trechter in het nova-criterium creëert de Afdeling door de toelating van feiten en omstandigheden die dateren van vóór de eerdere afwijzende beschikking afhankelijk te maken van de vraag of deze gegevens eerder 'konden en derhalve ook behoorden' te worden overgelegd. Het aanleggen van een dergelijke verwijtbaarheidstoets vormt een beperking die met name grote gevolgen kan hebben bij een dreigende schending van internationale verdragsbepalingen.

Strikt genomen zijn voornoemde gegevens ex tunc-gegevens en zouden deze niet onder de ex nunc-toets van artikel 83 Vw en artikel 4:6 Awb behoren te vallen. Voor zover artikel 6:13 Awb al op het asielrecht van toepassing is, zou op deze ex tunc-gegevens slechts een onderdelentrecht mogen worden toegepast, maar geen 'verwijtbaarheidstrechter' zoals de Afdeling die nu hanteert. Deze handelwijze is ook in strijd met de bedoeling van de wetgever, die bij de totstandkoming van artikel 83 Vw de toelating van ex tunc-gegevens juist expliciet *niet* afhankelijk heeft gemaakt van de vraag of deze gegevens al dan niet

verwijtbaar te laat zijn overgelegd.¹²² In het wetsvoorstel-Pechtold en Van der Ham wordt de originele bedoeling van de wetgever ten aanzien van de ongehinderde toelating van ex tunc-gegevens expliciet in artikel 83 Vw-nieuw gecodificeerd.¹²³ Het kabinet wil blijkens de brief van 24 juni 2008 deze ongehinderde toelating van ex tunc-gegevens overigens weer beperken tot nova die ‘relevant’ kunnen zijn voor de beoordeling van de afwijzing van de asielaanvraag.¹²⁴ In dezelfde brief kondigt de minister, vooruitlopend op de wijziging van artikel 83 Vw, aan dat de IND vaker dan nu feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn opgekomen of die hebben plaatsgevonden voor het bestreden besluit, maar pas in de beroepsfase worden aangevoerd of gedocumenteerd, zal betrekken bij de vraag of een vergunning kan worden verleend.¹²⁵

De door het kabinet aangekondigde wijziging van artikel 83 Vw is ingegeven door de uit de jurisprudentie van het EHRM voortvloeiende eis van een ‘full and ex nunc assessment’ bij schendingen van artikel 3 EVRM.¹²⁶ In dat kader bestaat er volgens het kabinet echter geen noodzaak om artikel 4:6 Awb aan te passen. Pechtold en Van der Ham zien dit anders en stellen voor dat zowel de minister als de rechter bij dreigende schending van een refoulementverbod het in artikel 4:6 lid 2 Awb gecodificeerde ne bis in idem-beginsel buiten toepassing laat en de gehele aanvraag volledig inhoudelijk zal toetsen.¹²⁷

Aan het einde van deze paragraaf over het complexe nova-criterium kunnen we vaststellen dat artikel 6:13 Awb slechts een rol speelt als de Afdeling ex tunc-gegevens in het kader van artikel 83 Vw jo 4:6 Awb beoordeelt. Op grond hiervan zou op deze gegevens – voor zover artikel 6:13 Awb op het asielrecht van toepassing is en het asielbesluit uit besluitonderdelen bestaat – slechts een onderdelentrichter mogen worden toegepast, maar zeker geen ‘verwijtbaarheidstrechter’ en ‘waarderingstrechter’.¹²⁸ Artikel 6:13 Awb is niet van toepassing op ex nunc-gegevens en op deze gegevens zou dus geen trechter mogen worden toegepast, ook niet de trechter die niet originele, gedateerde en vertaalde documenten afkomstig uit een objectieve bron van beoordeling door de rechter uitsluit. Deze ex nunc-gegevens zouden uitsluitend buiten beschouwing mogen blijven indien de goede procesorde wordt geschaad, of indien – in het uitzonderlijke geval – de zaak ontoelaatbaar wordt vertraagd.

Conclusie

Ruim drie jaar na de wijziging van artikel 6:13 Awb moeten we aan de hand van de jurisprudentie van de Afdeling concluderen dat de gronden- en bewijstrechter nog niet uit het bestuursrecht zijn verdwenen. Om deze trechters werkelijk uit het bestuursprocesrecht te laten verdwijnen en de rechtsbescherming meer kans te geven, zal het begrip besluitonderdeel ruim moeten worden opgevat. De Afdeling heeft in het algemeen bestuursrecht dit begrip al op verschillende rechtsterreinen nader ingevuld, evenals de CRVB, het CBB en de HR. In het vreemdelingenrecht daarentegen heeft de Afdeling nog geen richtinggevende uitspraak over de invulling van het besluitonderdeel gedaan. Gelet op het feit dat de asielrechtelijke zienswijze niet in artikel 6:13 Awb wordt genoemd, kan zelfs de vraag worden gesteld of dit artikel en de daarmee samenhangende onderdelentrichter wel op het asielrecht van toepassing is. Dit zou betekenen dat op gegevens die na de bestuurlijke fase worden aangevoerd geen trechter meer zou mogen worden toegepast en dat deze gegevens – buiten de goede procesorde – ongehinderd zouden moeten worden toegelaten. De wijziging van artikel 6:13 Awb zou daarmee het trechtermodel in het asielrecht volledig aan de kant hebben gezet.

Tot nu toe laat de Afdeling in het vreemdelingenrecht echter nog een volledig ander beeld zien. Hoewel zij weliswaar af en toe de gronden- of bewijstrechter opzij lijkt te zetten, lijkt dit eerder te zijn ingegeven door de bijzondere omstandigheden van het geval dan

120 ABRVS, 13 juli 2006, JV 2006/397 en ABRVS, 23 november 2007, JV 2008/43.

121 TK 2007-2008, 29344, nr. 67 (brief MvJ) p. 16.

122 TK 1999-2000, 26732, nr. 3 toelichting op art. 83 Vw 2000.

123 TK 2007-2008, 30830, nr. 9, p. 1-17.

124 TK 2007-2008, 29344, nr. 67 (brief MvJ), p. 16. Doordat de wetgever het verwijtbaarheids criterium ‘kon en derhalve behoorde eerder te overleggen’ wil laten varen, kan de vraag worden gesteld of de wetgever daarmee voor ex tunc-, maar ook voor ex nunc-gegevens afstand neemt van de benadering Daalder/Schreuder-Vlasblom.

125 Dit komt overeen met de wens van Hoogvliet, die, als schending van internationale verdragsbepalingen dreigt, van mening is dat de minister eerst inhoudelijk moet bekijken wat de betekenis is van niet eerder naar voren gebrachte en onbeoordeeld gebleven feiten en omstandigheden, voordat in formele procedures wordt gevlucht, G. Hoogvliet, ‘Salah Sheekh en andere actualiteiten’, MR 2008, 1, p. 11-14.

126 EHRM, 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, 1948/04, NAV 2007/1 m.nt. Reneman, JV 2007/30 m.nt. Vermeulen.

127 TK 2007-2008, 30830, nr. 8 en nr. 9, p. 12-13, invoering van art. 31 lid 4 en 83a Vw-nieuw. Dit zou overeenkomen met de wijze waarop het EHRM herhaalde aanvragen toetst, EHRM, 8 april 2008, Nyanzi t. Verenigd Koninkrijk, 21878/06, JV 2008/191.

128 Door slechts originele, gedateerde en vertaalde documenten afkomstig uit een objectieve bron als nova te waarderen, worden veel gegevens van beoordeling uitgesloten.

door een overtuigende koerswijziging. Ook na 1 juli 2005 blijft de Afdeling de bewijs- en grondentrechters hanteren, onder verwijzing naar artikel 3:2 en 4:2 Awb (en voor asiel: artikel 31 Vw) en haar controle- en rechtseenheidfunctie. Zij past deze trechters niet alleen toe op ex tunc-gegevens, maar eveneens op ex nunc-gegevens, die per definitie niet te laat kunnen worden overgelegd.

In het algemeen bestuursrecht laat de recente Afdelingsjurisprudentie zien dat de grondentrichter naar de achtergrond verdwijnt. Daarentegen verwachten sommigen¹²⁹ dat de Afdeling hier de bewijstrechter met een vergelijkbare motivering als in het vreemdelingsrecht zal blijven toepassen.

Door de gronden- en bewijstrechter ook na 1 juli 2005 te blijven hanteren op gegevens die zien op in de bestuurlijke fase bestreden besluitonderdelen, handelt de Afdeling niet alleen in strijd met artikel 6:13 Awb, maar doet zij ook geen recht aan de rechtsbeschermings- en herkansingsmogelijkheden van de belanghebbende. Het buiten toepassing laten van de trechter past bij de actieve rol die de wetgever bij de totstandkoming van de Awb aan de bestuursrechter heeft toegedicht. De bestuursrechter moet niet slechts marginaal feiten toetsen, maar zelfstandig en gebruikmakend van zijn onderzoeksbevoegdheden de feiten aanvullen en vaststellen. Daarnaast moet de rechter op zoek gaan naar de materiële waarheid. Hiervoor is het noodzakelijk om ook nieuwe gronden en bewijs in de beoordeling te betrekken. Het in het vreemdelingenrecht geldende grievenstelsel dat volgens de Afdeling geen nieuwe ex tunc hogerberoepsgronden (en daarbij behorend bewijs) toelaat, draagt hieraan zeker niet bij. Evenmin draagt het in het asielrecht gehanteerde strikte novacriterium bij aan een vermindering van trechters.

Door deze gegevens niet in de beoordeling te betrekken, wordt niet alleen artikel 6:13 Awb geschonden, maar bestaat er tevens een reëel risico van schending van een refolementverbod. Hoewel het absolute karakter van het refolementverbod de vreemdeling niet ontslaat van zijn verplichting om de nationaalrechtelijke procesregels in acht te nemen, moet er wel ruimte blijven bestaan om hierop, onder bijzondere omstandigheden, een uitzondering te maken. Deze ruimte is er in het asielrecht niet, zo blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling. De vraag kan worden gesteld of dit naar internationaal recht acceptabel is. Het initiatiefwetsvoorstel van Pechtold en Van der Ham, maar ook de kabinetsplannen zoals verwoord in de brief van 24 juni 2008, nemen hierop reeds een voorschot en kunnen, voor wat betreft het asielrecht, hierin mogelijk enige verandering brengen.

Kortom, het gewijzigde artikel 6:13 Awb speelt voor de procespraktijk een niet te onderschatten rol: het bepaalt niet alleen of je ontvankelijk bent in je (hoger) beroep, maar ook waartegen je in (hoger) beroep kunt opkomen. De wijze waarop het begrip 'besluitonderdeel' wordt ingevuld, bepaalt, buiten de goede procesorde, of gegevens nog in een latere fase van de procedure kunnen worden meegenomen. Het is daarom zinvol om in de bestuurlijke voorprocedure, zoals Schreuder-Vlasblom¹³⁰ vreest, met hagel op het (ontwerp) besluit te schieten en te zorgen dat elk mogelijk onderdeel daarvan wordt geraakt. Dit laat echter onverlet dat het zaak blijft om gegevens die voor de beoordeling van de aanvraag noodzakelijk zijn in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure aan te voeren en indien dit niet mogelijk is, dit direct kenbaar te maken en om uitstel te verzoeken. Hierbij dienen echter de zorgvuldigheidsplicht en bewijsvoorlichtingsplicht van het bestuursorgaan en de onderzoeksbevoegdheden die de bestuursrechter ter beschikking staan, niet onvermeld te blijven. Als deze (of nieuwe) gegevens op een later moment alsnog boven tafel komen en in de procedure moeten worden ingebracht, biedt dit artikel mogelijk een leidraad om de noodzaak tot toelating van deze gegevens nader te onderbouwen.

129 J. de Poorter tijdens een VAR-studiemiddag over de onderdelentrichter, 27 maart 2008.

130 M. Schreuder-Vlasblom, 'Artikel 6:13 Awb: van berustingsbepaling tot koekoeksjong', *JBplus* 2007, p. 134-153.